Sentencia T-183/21

DERECHO A LA MOVILIDAD EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Deber de información de las Entidades Promotoras de Salud

(…), la Corte debe reiterar el deber que les asiste a las EPS de (i) informar a los usuarios que se encuentren en mora la posibilidad de indicar la novedad de retiro en caso de haber perdido las condiciones para pertenecer al régimen contributivo de salud, y (ii) informar sobre los mecanismos existentes para mantener la continuidad del aseguramiento en salud y las acciones que serán ejercidas para obtener el pago de lo adeudado.

DERECHO A LA SALUD-Doble connotación al ser un derecho fundamental y al mismo tiempo un servicio público

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Principio de continuidad

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Suspensión de afiliación por no pago de cotización

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Negativa de traslado a otra EPS por mora en los pagos

(…), si la EPS decide negar el traslado del usuario moroso a otra EPS sin haber realizado previamente las acciones que tiene a su disposición para recuperar lo adeudado -p. ej., suscribir acuerdos de pago acordes a la capacidad económica del usuario- y cumplir con el deber de información que le asiste, esa negativa constituye una barrera para el goce efectivo del derecho a la salud.

AGENCIA OFICIOSA DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Sujeto de especial protección por su situación de debilidad manifiesta

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no es razón para negar atención en salud

Referencia: Expediente T-8.055.485

Acción de tutela instaurada por Nelly Jaimes de Duarte como agente oficiosa de Eliecer Duarte Villabona, contra Coomeva EPS y la Nueva EPS.

Magistrado ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo proferido el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabana de Torres (Santander) en única instancia.

I. ANTECEDENTES

La señora Nelly Jaimes de Duarte, actuando como agente oficiosa de su cónyuge Eliecer Duarte Villabona, instauró acción de tutela contra Coomeva EPS y la Nueva EPS, para obtener la protección del derecho fundamental a la salud. Para sustentar la solicitud de amparo narró los siguientes

Hechos:

1. La señora Jaimes mencionó que el 1° de mayo de 2010 el señor Eliecer Duarte Villabona se afilió al régimen contributivo de salud en calidad de cotizante en Coomeva EPS. Sin embargo, por cuestiones económicas, desde el 7 de noviembre de 2012 dejó de pagar los aportes. En consecuencia, la aseguradora en salud suspendió la atención médica y, a partir del 31 de mayo de 2013, declaró el retiro por mora. Indicó que la suma adeudada asciende a $1.200.000.

1. La accionante se encuentra afiliada como cotizante del régimen contributivo de salud en la Nueva EPS. Afirmó que el 1° de junio de 2020, solicitó ante esa entidad la afiliación de su cónyuge como beneficiario. Sin embargo, la Nueva EPS respondió que no fue posible efectuar el traslado, por cuanto Coomeva EPS se negó a autorizar la liberación del usuario por encontrarse en mora en el pago de los aportes.

1. La actora explicó que su esposo, de 68 años de edad, no cuenta con ingresos económicos y presenta un delicado estado de salud, por tanto, requiere atención médica, pero Coomeva EPS no le brinda el servicio hasta que no esté a paz y salvo. Además, le impide afiliarse como beneficiario en otra EPS.

1. Por lo anterior, solicitó el amparo del derecho a la salud, ordenar a Coomeva EPS autorizar el traslado del agenciado y a la Nueva EPS realizar la afiliación como beneficiario.

Trámite procesal

1. Mediante auto del 16 de octubre de 20201, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabana de Torres (Santander) avocó el conocimiento de la acción y corrió traslado a las aseguradoras de salud para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción. Vinculó al trámite al Ministerio de Salud, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres) y a la Superintendencia Nacional de Salud. Por último, requirió a la parte accionante para que allegara información sobre la solicitud de traslado y la acreditación de la agencia oficiosa.

Contestación de la tutela

1. La accionante informó que a causa de la pandemia de la Covid-19, las oficinas de la Nueva

EPS que operan en el municipio no ofrecen atención al público, por lo cual las asesorías se hacen de forma telefónica, de ahí que no contara con el formulario de afiliación. Sin embargo, allegó la impresión de una comunicación electrónica suscrita por una asesora de la Nueva EPS, que alude a la solicitud de traslado del agenciado y la negativa por parte de Coomeva EPS.

Explicó que instauró la acción de tutela como agente oficiosa de su esposo, por cuanto este "es una persona de 68 años que se encuentra en una crisis nerviosa por la actual situación económica que padece debido a sus pérdidas económicas que no le han permitido vivir con normalidad, por el contrario, solo piensa en su deceso para descansar"2.

1. La asesora jurídica de Coomeva EPS manifestó que el agenciado figura como "cotizante-retirado" por mora en los periodos 2012/12, y 2013/1, 2, 3, 4 y 5. Señaló que, conforme lo normado en el Decreto 780 de 20163, para que proceda el traslado de EPS el usuario debe encontrarse al día con el pago de las cotizaciones adeudadas. Por consiguiente, no ha vulnerado derechos fundamentales, pues su actuación se ajustó a la normativa vigente.

1. El apoderado judicial de la Nueva EPS expresó que el agenciado se encuentra en estado de traslado sin autorización por Coomeva EPS, por lo cual, es necesario superar esto para realizar la afiliación.

1. La directora jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social indicó que carece de legitimación en la causa, por cuanto no es responsable de la prestación de servicios de salud y tampoco de afiliar, desafiliar, trasladar o realizar las novedades de usuarios, pues estas funciones le corresponden a las EPS. Frente a la problemática que suscita el asunto, mencionó que "la EPS accionada no tiene la facultad [de] negar el traslado solicitado toda vez que se manifestó tal intención y cualquier dilación en aquel proceso afecta la prestación del servicio de salud a la accionante (sic). Por tanto, es importante que la afiliada ponga en conocimiento de la Superintendencia Nacional de Salud la situación (…) con el fin de que

dicha entidad realice la investigación y aplique las sanciones a que haya lugar”4.

La directora agregó que en casos de recobro por constitución en mora la aseguradora en salud tiene el deber legal de prestar el servicio médico correspondiente con la oportunidad de repetir contra el responsable de la mora en los aportes. Por último, solicitó librar de cualquier tipo de responsabilidad a esa cartera ministerial.

1. La asesora jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud pidió ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que la presunta vulneración de derechos no se deriva de una conducta de esa entidad. En segundo lugar, trascribió algunos artículos del Decreto 780 de 2016 relacionados con el trámite de traslado entre EPS5 y el momento en el que se hace efectivo6. Por último, indicó que el artículo 43 del Decreto 1406 de 1999 establece que para llevar a cabo el traslado entre EPS el usuario debe encontrarse en paz y salvo en sus obligaciones frente al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-.

1. El apoderado judicial de la Adres solicitó su desvinculación del trámite al no contar con legitimación por pasiva. Adujo que la afiliación o desafiliación le corresponde a las EPS. Sin perjuicio de lo anterior, recordó que es facultad de las aseguradoras en salud suspender la afiliación de los usuarios cuando se constituyan en mora del pago de los aportes, y la posibilidad de suscribir acuerdos de pago con el trabajador independiente.

Sentencia objeto de revisión

1. En sentencia del 28 de octubre de 2020, el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabana de Torres declaró la improcedencia de la acción al no acreditar el requisito de legitimación por activa7. Adujo que la existencia de un vínculo matrimonial no es suficiente para acudir a la agencia oficiosa, y que de las pruebas allegadas no se concluye que el titular de los derechos estuviera en condiciones físicas o mentales que le impidieran promover por sí mismo el mecanismo de amparo.

En segundo lugar, el juez mencionó que tampoco se satisface el requisito de subsidiariedad toda vez que la parte accionante no ha agotado ningún trámite ante la Superintendencia Nacional de Salud, institución que cuenta con facultades jurisdiccionales para decidir los conflictos que se generen entre las EPS y los usuarios, por ejemplo, en cuestiones de movilidad entre aseguradoras. Por otra parte, sostuvo que no se acreditó la existencia de un "riesgo para la vida, la salud o la integridad física del agenciado ni que éste se halle en situación de vulnerabilidad; tampoco se evidencia una situación de urgencia (...)"8. La sentencia no fue impugnada.

Pruebas que obran en el expediente

1. Las pruebas relevantes que obran en el expediente son las siguientes:

Pruebas

* Copia de los documentos de identidad de la accionante y del agenciado9

* Constancia de comunicación electrónica llevada a cabo por la accionante con una asesora de la Nueva EPS sobre el trámite de traslado10.

* Respuesta de la accionante al requerimiento del juez de primera instancia11

* Registro civil de matrimonio entre Nelly Jaimes de Duarte y Eliecer Duarte Villabona12

Actuaciones en sede de revisión

1. En auto del 26 de febrero de 2021, la Sala de Selección número dos de la Corte Constitucional13 escogió el presente asunto y fue repartido a este despacho.

1. En proveído del 25 de marzo de 2021, el magistrado sustanciador decretó pruebas tendientes a recaudar elementos de juicio para el estudio del caso objeto de revisión. Entre lo solicitado se encuentra lo siguiente:

A la accionante informar: (i) si por iniciativa propia o de Coomeva EPS se intentó algún acuerdo de pago sobre la suma adeudada. (ii) El estado actual de la afiliación del agenciado al sistema de salud, la conformación del núcleo familiar y la situación socioeconómica de los integrantes. (iii) Al señor Duarte indicar si estaba de acuerdo con la agencia de sus derechos.

A Coomeva EPS informar sobre la existencia de algún eventual acuerdo de pago, y junto a la Nueva EPS, expresar cuál era el estado actual de la afiliación y el trámite de traslado del agenciado. Además, solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud indicar cuál es el alcance de las facultades de las empresas promotoras de salud frente a usuarios que se encuentran en mora en el pago de aportes.

Respuestas allegadas a partir del decreto probatorio

1. La asesora jurídica de Coomeva EPS indicó que se realizó un acuerdo de pago consistente en el pago de tres de los seis meses adeudados: "el usuario pagó los periodos de diciembre/2012, enero y febrero de 2013. Se ajustó la cartera de los períodos de marzo, abril y mayo de 2013"14. En cuanto a la negativa de autorizar el traslado, expresó que se fundamentó en la constitución en mora del usuario, pero que "como ya se ajustó su cartera, debe tramitar nuevamente su afiliación en la Entidad a la cual desea pertenecer a fin de que se inicie nuevamente el respectivo proceso de traslado, (…)"15.

1. El apoderado judicial de la Nueva EPS adujo que esa entidad solicitó en nueve ocasiones el traslado del agenciado ante Coomeva EPS, obteniendo una respuesta negativa por el hecho no se encontrarse a paz y salvo en las cotizaciones al SGSSS16. Al respecto, mencionó que la última solicitud fue realizada el 4 de noviembre de 2020. Por otro lado, informó que, de acuerdo con el formulario de afiliación recibido el 12 de abril de 2021, el agenciado figura "en traslado en calidad de cotizante independiente" 17, por lo cual solicitaría el traslado ante Coomeva EPS en el "primer proceso"18 de mayo de 2021.

1. La asesora jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud expresó que para realizar el trámite de traslado entre EPS es necesario estar a paz y salvo en el pago de cotizaciones al sistema de salud19.

1. Mediante auto del 23 de abril de 202120, el magistrado sustanciador requirió a la accionante para que allegara la información solicitada en la providencia del 25 de marzo del mismo año. Igualmente, le solicitó a Coomeva EPS y a la Nueva EPS precisar si se había efectuado el traslado del agenciado a la Nueva EPS en calidad de beneficiario de la señora Nelly Jaimes de Duarte.

1. El 30 de abril de 2021, la accionante informó haber cancelado lo adeudado con el fin de lograr la afiliación del señor Duarte Villabona. Incluso, afirmó que [el problema] [a]l momento ya ha sido solucionado"21.

1. En atención al auto de requerimiento del 23 de abril, el 7 de mayo 2021, la Nueva EPS indicó que el pasado 4 de mayo reiteró la solicitud de traslado, estando pendiente la respuesta por parte de Coomeva EPS, cuyo término finalizaba el 10 de mayo.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

1. Con base en los hechos descritos y las pruebas que obran en el expediente, le corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si la acción de tutela de la referencia supera el examen de procedibilidad. De ser así, la Corte resolverá la siguiente cuestión: ¿una empresa promotora de salud vulnera el derecho a la salud de un usuario al no autorizar la solicitud de traslado a otra institución aseguradora de salud, por cuanto figura en mora en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud?

Con el fin de responder este planteamiento, esta corporación abordará los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la salud; (ii) la constitución en mora por el no pago de cotizaciones al sistema de salud, y el trámite de traslado entre EPS; y (iii) el caso concreto.

Derecho fundamental a la salud22

1. El artículo 49 de la Constitución establece que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, a quien le corresponde organizar, dirigir y reglamentar su prestación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Esto, sin perjuicio que la atención en salud también sea prestada por entidades privadas, bajo la vigilancia y control estatal.

1. La jurisprudencia constitucional reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud antes de que se profiriera la ley estatutaria en la materia. Por ejemplo, en la sentencia T-859 de 200323, esta corporación sostuvo que la cualidad de fundamental garantizaba el acceso a la atención básica y obligatoria establecida en las normas que estructuran el SGSSS. Por otro lado, la Corte en la sentencia T-760 de 2008, afirmó que esta prerrogativa protege múltiples ámbitos de la vida desde diferentes perspectivas. Así mismo, señaló que se trata de un derecho de naturaleza compleja dada “la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”24.

1. Con base en lo anterior, el legislador expidió la Ley estatutaria 1751 de 2015 que reconoció a la salud como un derecho fundamental, autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Adicionalmente, indicó que su protección engloba las facetas de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación, según lo requiera el estado médico de la persona.

1. El artículo 6 de dicha normativa consagra que la continuidad es uno de los elementos esenciales del derecho a la salud. Según esta característica: "[l]as personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas".

1. El anterior mandato legal es el fundamento de lo que la jurisprudencia constitucional ha definido como el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, el cual pretende evitar que el paciente se vea sometido de forma injustificada a interrupciones en los tratamientos, procedimientos o suministros médicos, poniendo en peligro su vida25.

1. En conclusión, el derecho a la salud presenta dos facetas, como derecho fundamental y como servicio público a cargo del Estado. En virtud del principio de continuidad, las EPS no pueden suspender de forma arbitraria los tratamientos, procedimientos o suministros médicos, previamente iniciados y prescritos al paciente.

Constitución en mora por la falta de pago de los aportes al sistema de salud, y el trámite de traslado entre entidades promotoras de salud

1. El trámite de traslado entre EPS está regulado en el Decreto 780 de 201626. Por "traslado" se entiende el cambio de inscripción de EPS dentro de un mismo régimen (contributivo o subsidiado) o los cambios de inscripción de régimen27. De otro lado, esta normativa reglamenta la constitución en mora por el no pago de los aportes al sistema por parte de

trabajadores dependientes e independientes, y los efectos que esto acarrea.

1. En el caso de los trabajadores independientes, el Decreto consagra que el no pago de dos periodos consecutivos dará lugar a la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud28. De igual forma, esta normativa asigna a los afiliados al régimen contributivo en calidad de independientes el deber de registrar las novedades29 que afecten su afiliación, p. ej., el retiro, la condición de afiliado, cambio de condición de independiente a dependiente, entre otras30.

1. La constitución en mora o el no pago de las cotizaciones al SGSSS tiene incidencia en el trámite de traslado entre entidades promotoras de salud, por cuanto uno de los requisitos consiste en "[e]star el cotizante independiente a paz y salvo en el pago de las cotizaciones al [SIGGG]"31. No obstante lo anterior, esta corporación ha señalado que, en virtud del principio de continuidad, "la constitución en mora en ningún caso puede representar la interrupción de tratamientos o servicios médicos que pongan en riesgo la vida del paciente"32.

1. El Decreto 780 de 2016 asigna a las EPS el deber33 de adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora, entre ellas, refiere la celebración de acuerdos de pago34. Por otro lado, con base en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, este tribunal ha señalado que la posibilidad de solicitar el traslado de EPS concreta el derecho de libertad de escogencia, según el cual toda persona puede escoger libremente las entidades encargadas de garantizarle el servicio de salud atendiendo la capacidad o la oferta institucional.

1. En relación con la facultad de las EPS de negar el traslado de los usuarios en mora en el pago de los aportes al sistema, en sentencia T-382 de 2013, la Corte estudió la acción de tutela interpuesta por una mujer madre cabeza de familia que por falta de capacidad económica no pudo continuar cancelando los aportes de salud, por lo cual, solicitó la desafiliación para vincularse al régimen subsidiado de salud. Sin embargo, la aseguradora de

salud (Coomeva EPS) negó la solicitud, exigiendo de forma previa el pago de lo adeudado.

1. La Corte sentenció que exigirles a las personas que se encuentran en situaciones precarias, el pago de lo debido para trasladarse de EPS y de régimen, "significaría agravar innecesariamente su situación, poniendo en riesgo su mínimo vital y su seguridad social, teniendo en cuenta que la entidad tiene a su disposición otros mecanismos administrativos y judiciales para recuperar tales recursos, que no impliquen llevar al usuario al límite de sus posibilidades"35.

1. Así las cosas, en los términos del precedente constitucional, aunque las EPS tienen la facultad de suspender la afiliación de los usuarios que incurren en mora en el pago de los aportes, no pueden, con base en esa circunstancia, impedir el traslado a otras aseguradoras de salud sin haber agotado previamente los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para recuperar el pago de lo adeudado y haber informado al usuario moroso sobre: (i) la posibilidad de reportar la novedad de retiro en caso de haber perdido las condiciones para pertenecer al régimen contributivo de salud y (ii) los mecanismos existentes para mantener la continuidad del aseguramiento en salud y las acciones que serán ejercidas para obtener el pago de lo adeudado. Esto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.1.9.6 del Decreto 780 de 201636.

1. En suma, si la EPS decide negar el traslado del usuario moroso a otra EPS sin haber realizado previamente las acciones que tiene a su disposición para recuperar lo adeudado -p. ej., suscribir acuerdos de pago acordes a la capacidad económica del usuario- y cumplir con el deber de información que le asiste, esa negativa constituye una barrera para el goce efectivo del derecho a la salud. Por último, la reglamentación del SGSSS asigna a los cotizantes independientes el deber de reportar las novedades que afecten el estado de su afiliación.

Caso concreto

Breve presentación del asunto

1. La señora Nelly Jaimes de Duarte, como agente oficiosa de su cónyuge Eliecer Duarte Villabona, instauró acción de tutela contra Coomeva EPS por la negativa de la entidad a autorizar el traslado del usuario a la Nueva EPS. Lo anterior, se fundamentó en la constitución en mora del agenciado por el no pago de los aportes de salud. El juez de tutela de única instancia declaró la improcedencia del amparo al considerar que no se cumplieron los requisitos de legitimación en la causa por activa ni subsidiariedad en el ejercicio de la acción.

Análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa37

1. En respuesta al requerimiento efectuado por el juez de instancia, la accionante acreditó la calidad de cónyuge del agenciado y expresó que acudió a la agencia oficiosa porque su esposo, de 68 años de edad, se encontraba bajo "una crisis nerviosa por la actual situación económica que padece"38.

1. Para la Corte -contrario a lo establecido por el operador judicial de primera instancia- la señora Nelly Jaimes de Duarte reúne los requisitos para actuar como agente oficiosa de su cónyuge, el señor Eliecer Duarte Villabona, superando el requisito de legitimación por activa.

1. Si bien la jurisprudencia constitucional ha decantado una serie de exigencias que fundamentan el ejercicio de la agencia oficiosa, específicamente que el titular de los derechos fundamentales se encuentre en un estado de imposibilidad física o material para acudir ante el juez de tutela en nombre propio39, la Corte también ha indicado que el

examen de procedibilidad de la acción de tutela se flexibiliza ante sujetos de especial protección constitucional o en circunstancias de debilidad manifiesta40.

1. La Sala reconoce que en el expediente no obra un aprueba directa sobre la imposibilidad física o material del señor Duarte Villabona para instaurar la acción de tutela a nombre propio, más allá de las afirmaciones de la accionante sobre la crisis nerviosa que atraviesa su cónyuge.

1. Sin embargo, tampoco se puede perder de vista que, en el presente caso, exigir una historia clínica, un dictamen o concepto médico sobre el estado de salud del agenciado resulta desproporcionado, teniendo en cuenta que lo que se discute es la falta de cobertura o aseguramiento en salud que ha implicado la actuación de Coomeva EPS.

1. Además, otra circunstancia que resulta relevante, y evidente, es la emergencia sanitaria que atraviesa la humanidad por cuenta de la pandemia del SARS-CoV-2 (Covid-19), la cual ha incrementado los trastornos mentales a nivel mundial.

1. Lo anterior lo evidencia la Organización Mundial para la Salud -OMS- al presentar el documento denominado "Invertir en salud mental"41. Al respecto, esta institución refiere que la pandemia ha aumentado la demanda de atención en salud mental, por cuanto "[e]l duelo, el aislamiento, la pérdida de ingresos y el miedo están generando o agravando trastornos de salud mental. Muchas personas han aumentado su consumo de alcohol o drogas y sufren crecientes problemas de insomnio y ansiedad"42.

1. Con base en las anteriores razones, la Sala Octava de revisión, considera que el caso objeto de estudio supera el requisito de legitimación por activa.

1. Por último, resulta oportuno destacar que la naturaleza del mecanismo de amparo, su carácter informal, sumario43 y expedito, exige de los jueces actuaciones encaminadas a garantizar efectivamente los derechos fundamentales, lo cual requiere superar posiciones de indolencia, indiferencia o en extremo formalistas en relación con las circunstancias de la persona que acude a la acción de tutela. De ahí la regla jurisprudencial de flexibilizar el análisis de procedencia del mecanismo de amparo tratándose de personas en condiciones de vulnerabilidad o sujetos de especial protección constitucional.

Legitimación por pasiva44

1. La Sala entiende acreditado este presupuesto ya que la acción de tutela se dirige contra Coomeva EPS y la Nueva EPS, instituciones encargadas de la prestación del servicio médico de salud, y que intervienen en el trámite de traslado.

Inmediatez45

1. Según lo informado en sede de revisión por la Nueva EPS, la parte accionante presentó el 1 de junio de 2020 la primera solicitud de traslado ante Coomeva EPS, cuya respuesta fue negativa bajo el fundamento de que el agenciado se encontraba en mora. La actora identificó este hecho como el que vulneró el derecho a la salud de su cónyuge. Por otro lado, la acción de tutela fue interpuesta el 16 de octubre de 2020, es decir, aproximadamente cuatro meses después de haber recibido la negativa, término que la Sala considera razonable.

1. Además, la inoperancia de la entidad accionada para recuperar las cotizaciones adeudadas derivó en la falta de aseguramiento médico del agenciado, lo cual constituye una vulneración continúa del derecho a la salud.

Subsidiariedad46

1. A primera vista, el trámite jurisdiccional a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud sería el mecanismo principal para resolver la controversia entre la parte la accionante y Coomeva EPS47. Sin embargo, con base en la jurisprudencia constitucional48 y atendiendo las particularidades del asunto sometido a revisión, esto es, la falta de aseguramiento en salud del usuario, situación que resulta realmente gravosa teniendo en cuenta la edad del agenciado así como la emergencia sanitaria causada por el brote de Covid-1949, la Sala considera que tal procedimiento no resulta eficaz para la protección del derecho fundamental a la salud del agenciado. Por tanto, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección.

1. Una vez superado el examen de procedibilidad de la acción de tutela, se analizará el fondo del asunto con el fin de establecer si existió una conducta violatoria de derechos fundamentales y, de ser el caso, adoptar los correctivos necesarios.

Análisis de fondo de la vulneración del derecho a la salud del señor Eliecer Duarte Villabona

1. Según lo acreditado en el expediente, ante la falta de pago de los aportes correspondientes a los periodos diciembre de 2012 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2013, Coomeva EPS declaró en mora al señor Duarte Villabona, situación que incidió en la prestación de los servicios médicos. De otro lado, el 1° de junio de 2020 y, en fechas posteriores, la parte accionante solicitó ante la Nueva EPS efectuar el traslado del agenciado y de esa forma ser afiliado en calidad de beneficiario. Sin embargo, esto no fue posible, pues Coomeva EPS no autorizó el traslado debido a la constitución en mora del usuario.

1. Durante el trámite de revisión, la Sala conoció que en el presente año50, Coomeva EPS suscribió un acuerdo de pago con el agenciado y, por consiguiente, autorizaría su traslado a la Nueva EPS. Sin embargo, no se allegó ninguna prueba sobre esta autorización y tampoco respecto de la afiliación del usuario en la Nueva EPS51. Por otro lado, aunque la celebración

del acuerdo de pago constituye un dato relevante para la resolución de la acción de tutela, esta circunstancia por sí sola no significa que se haya satisfecho la pretensión del mecanismo de amparo.

1. En primer lugar, es necesario tener en cuenta que desde la declaratoria de la constitución en mora y la celebración del acuerdo de pago transcurrieron aproximadamente 8 años, tiempo en el cual el agenciado no contó con aseguramiento en salud.

1. En segundo lugar, no se puede desconocer que el ordenamiento jurídico le impone a las empresas promotoras de salud, entre ellas a Coomeva, el deber de "adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora"52, para lo cual podrán ejercer las acciones legales correspondientes o, incluso, celebrar acuerdos de pago53. Así mismo, las aseguradoras en salud cuentan con herramientas jurídicas y personal calificado para cumplir esta obligación.

1. A pesar de ello, hasta la interposición de la acción de tutela de la referencia, Coomeva EPS omitió cumplir esta obligación, situación que no solo incidió en el sostenimiento del SGSSS, sino que, en la práctica, también afectó el aseguramiento en salud del agenciado al quedar suspendida su afiliación, e impedir el trasladado a otra EPS. Esto, pese a cumplir los requisitos para ser inscrito en calidad de beneficiario de su cónyuge. A juicio de la Sala, esta omisión representó una vulneración del derecho a la salud.

1. Al respecto, resulta pertinente destacar que aunque el ordenamiento jurídico interno faculta a personas jurídicas de carácter privado prestar el servicio de salud, esta circunstancia no aminora el hecho estar frente a un derecho fundamental. Bajo ese entendido, un aspecto económico -pago de aportes al sistema- no puede significar un obstáculo drástico que impida la efectividad o realización de esa garantía. Este planteamiento también encuentra fundamento en la existencia de alternativas legales para pretender el pago de las cotizaciones adeudadas y la posibilidad que tienen las personas que

carecen de recursos económicos de solicitar la afiliación al sistema de salud subsidiado por el Estado.

1. Así las cosas, ante la suscripción de un acuerdo de pago entre Coomeva EPS y el señor Duarte Villabona y lo indicado en sede de revisión por esa entidad, la Sala advierte que no existirían otros motivos para negar el traslado del agenciado.

1. Sin embargo, la Nueva EPS indicó que el plazo de Coomeva EPS para responder la más reciente solicitud de traslado venció el 10 de mayo del presente año, empero, superada esa fecha, no se allegó a la Corte ningún documento que permitiera constatar que se haya concedido la autorización y tampoco que se hubiere efectuado la afiliación en calidad de beneficiario en la Nueva EPS. En otras palabras, esto significa que pese al acuerdo de pago y la solicitud de traslado, en la práctica, persiste la vulneración del derecho fundamental a la salud del señor Duarte Villabona.

1. En consecuencia, se ordenará a Coomeva EPS que, en caso de no haberlo realizado con anterioridad, autorice el traslado solicitado, y a la Nueva EPS que proceda con la afiliación del usuario.

1. Una vez aclarado lo anterior, la Sala considera necesario precisar que a partir de lo narrado y probado en el trámite de tutela, no es posible determinar si el agenciado se encontraba bajo algún tratamiento médico para el momento en el que fue retirado del sistema de salud. Sin embargo, en consideración del tiempo que permaneció sin cobertura médica, las manifestaciones sobre su actual estado de salud y las complicaciones propias de la emergencia sanitaria causadas por la pandemia del SARS-Cov-2, es imprescindible la intervención del juez constitucional con el fin de garantizar el acceso al sistema de salud, de forma tal que pueda ser diagnosticado e iniciar el eventual tratamiento que corresponda.

1. En conclusión, la Sala no desconoce la facultad de las EPS de suspender la afiliación de los usuarios que incurran en mora. Sin embargo, esta situación no puede constituir una barrera para el goce efectivo del derecho a la salud. Por lo cual, en esos casos, esas entidades deberán adelantar las herramientas jurídicas dispuestas a su alcance para obtener el pago de tal concepto y promover la efectividad del aseguramiento en salud de los usuarios.

1. Sobre este último aspecto, y con base en lo dispuesto en el artículo 2.l.9.6 del Decreto 780 de 2016, la Corte debe reiterar el deber que les asiste a las EPS de (i) informar a los usuarios que se encuentren en mora la posibilidad de indicar la novedad de retiro en caso de haber perdido las condiciones para pertenecer al régimen contributivo de salud, y (ii) informar sobre los mecanismos existentes para mantener la continuidad del aseguramiento en salud y las acciones que serán ejercidas para obtener el pago de lo adeudado.

1. Finalmente, como esta Corporación advierte el desconocimiento de la normativa que rige el sector salud y, en el caso particular, la vulneración de derechos fundamentales, se remitirá copia de esta decisión a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ámbito de funciones de vigilancia, inspección y control o cualquier otra que corresponda54, analice si Coomeva EPS pudo haber incurrido en alguna conducta que implique la imposición de alguna sanción o correctivo.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo proferido el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Sabana de Torres, que declaró la improcedencia de la acción de tutela instaurada por la señora Nelly Jaimes de Duarte como agente oficiosa. En su lugar, AMPARAR

el derecho fundamental a la salud del señor Eliecer Duarte Villabona, conforme a lo expuesto en esta decisión.

Segundo. ORDENAR a Coomeva EPS que, en el término de dos días (2) contados a partir de la notificación de esta decisión, y en caso de no haberse efectuado con anterioridad, autorice el traslado del señor Jorge Eliecer Duarte Villabona a la Nueva EPS. Por otro lado, una vez realizado esto, ORDENAR a la Nueva EPS que, en el término de dos (2) días, realice todas las gestiones necesarias para afiliar al usuario en calidad de beneficiario de la señora Nelly Jaimes de Duarte.

Tercero. REMITIR copia del presente fallo a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en el ámbito de sus funciones de vigilancia, inspección y control o cualquier otra que corresponda, verifique si Coomeva EPS pudo haber incurrido en alguna conducta que implique la imposición de alguna sanción o correctivo, conforme las razones atrás expuestas.

Cuarto. LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Documento digital denominado “auto admite acción de tutela”.

2 Documento digital denominado “respuesta accionante al requerimiento” pág. 2.

3 Al efecto, la institución citó el artículo 2.1.7.2. “Condiciones para el traslado entre entidades promotoras de salud. Para el traslado entre Entidades Promotoras de Salud, el afiliado deberá cumplir las siguientes condiciones: (…) 4. Estar el cotizante independiente a paz y salvo en el pago de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

4 Documento digital denominado “Contestación Min Salud”, pág. 7.

5 Artículo 2.1.7.2.

6 Artículo 2.1.7.4.

7 El operador judicial resolvió “NEGAR el amparo constitucional”. Sin embargo, las razones ofrecidas evidencian que la decisión se fundamentó en el incumplimiento de los requisitos de procedencia, derivando en la improcedencia de la acción.

8 Sentencia digital, pág. 4.

9 Escrito de tutela, págs. 5 y 6.

10 Documento digital denominado “constancia trámite de traslado”.

11 Documento digital: “respuesta requerimiento”.

12 Documento digital denominado “registro civil de matrimonio”.

13 Conformada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y el magistrado José Fernando Reyes Cuartas.

14 Cfr. documento digital denominado “Respuesta 1 Coomeva”, pág. 2.

15 Idem, pág. 3-4.

16 Sistema General de Seguridad Social en Salud.

17 Cfr., documento digital denominado “Respuesta complementaria 2 Nueva EPS”, pág. 2.

19 Al efecto, citó el artículo 43 del Decreto 1406 de 1999, y el artículo 2.1.7.2 del Decreto 780 de 2016.

20 Notificado el 5 de mayo de 2021.

21 El tenor literal de la respuesta remitida por la accionante es el siguiente: “teniendo en cuenta que la EPS Coomeva no accedió a condonar ni llevar a cabo acuerdo de pago se requirió buscar de la caridad para pagar la deuda y proceder a la afiliación a la Nueva EPS, ya que se requería atención inmediata por ser el agenciado una persona de la tercera edad. Lamentable que el juez de primera instancia no haya tomado una medida provisional de atención médica mientras se resolvía en segunda instancia o revisión. Al momento ya ha sido solucionado, agradezco su atención prestada”. Cfr. documento digital: “Respuesta accionante”.

22 Las consideraciones de este acápite constituyen una reiteración de la sentencia T-274 de 2020, proferida por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional.

23 Citada en la sentencia T-760 de 2008.

24 Sentencia T-760 de 2008.

25En sentencia T-697 de 2014, esta corporación señaló: “[L]a continuidad en la prestación de los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones o suspensiones en la prestación de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que se requieran, según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario, sin justificación válida. Por lo que es claro que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, exige entonces que tanto las entidades públicas como las privadas que tienen la obligación de satisfacer su atención, no pueden dejar de asegurar la prestación permanente y constante de sus servicios, cuando con dicha actuación pongan en peligro los derechos a la vida y a la salud de los usuarios”.

26 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

27 Decreto 780 de 2006, artículo 2.1.1.3.

28 Idem, artículo 2.1.9.3.

29 El artículo 2.1.1.3 del Decreto 780 de 2016 define las “novedades” como “los cambios que afectan el estado de la afiliación, la condición del afiliado, la pertenencia a un régimen o la inscripción a una EPS y las actualizaciones de los datos de los afiliados”.

30 Sobre esto, el artículo 2.1.6.3 del Decreto 780 de 2016 consagra: “Reporte de novedades para trabajadores independientes. Los afiliados al régimen contributivo en calidad de independientes son responsables de realizar su afiliación y de registrar las novedades en el Sistema de Afiliación Transaccional. // Las novedades pueden ser de carácter transitorio o permanente: a) Novedades transitorias son las que afectan temporalmente el monto de las obligaciones económicas a cargo del aportante, tales como incapacidades, suspensiones del contrato de trabajo y variaciones no permanentes del Ingreso Base de Cotización, y // b) Novedades permanentes son las que afectan la cotización base a cargo del aportante en relación con una determinada entidad administradora, tales como ingresos al sistema, cambios de empleador o retiro, traslado de entidad administradora y cambios permanentes en el Ingreso Base de Cotización, trabajadores dependientes al servicio de más de un patrono, cambio de condición de independiente a dependiente, o viceversa”.

31 Decreto 780 de2 016, artículo 2.1.7.2-4.

32 Cfr. sentencias T-396 de 2006 y T-382 de 2013, entre otras.

33 El Decreto 780 de 2016 establece: “artículo 2.1.9.6 Obligaciones de las EPS frente a los aportantes en mora. Cuando el empleador o el trabajador independiente incurra en mora en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la EPS deberá proceder a: 1. Adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora. La EPS deberá notificar al aportante que se encuentra en mora mediante una comunicación que será enviada dentro de los diez (10) días siguientes al mes de mora e informar que si no ha reportado la novedad de terminación de la inscripción de la EPS por haber perdido las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, deberá hacerlo a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la misma, así como de las consecuencias de la suspensión de la afiliación; si el aportante así requerido no pagare las cotizaciones cobradas

deberá remitir la cuenta de cobro cada mes. En el caso de los trabajadores independientes, además deberá informarle los mecanismos con que cuentan para mantener la continuidad del aseguramiento en salud, así como las acciones que serán adoptadas en cumplimiento de lo previsto en la presente Parte. (…)" (resalto añadido).

34 Artículo 2.1.9.3.

35 Resalto añadido.

36 Artículo 2.1.9.6. Obligaciones de las EPS frente a los aportantes en mora. Cuando el empleador o el trabajador independiente incurra en mora en el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la EPS deberá proceder a: || 1. Adelantar las acciones de cobro de los aportes en mora. La EPS deberá notificar al aportante que se encuentra en mora mediante una comunicación que será enviada dentro de los diez (10) días siguientes al mes de mora e informar que si no ha reportado la novedad de terminación de la inscripción de la EPS por haber perdido las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, deberá hacerlo a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la misma, así como de las consecuencias de la suspensión de la afiliación; si el aportante así requerido no pagare las cotizaciones cobradas deberá remitir la cuenta de cobro cada mes. En el caso de los trabajadores independientes, además deberá informarle los mecanismos con que cuentan para mantener la continuidad del aseguramiento en salud, así como las acciones que serán adoptadas en cumplimiento de lo previsto en la presente Parte.

37 De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, toda persona podrá interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La legitimidad para acudir a este mecanismo está prevista en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en virtud del cual puede ser instaurada directamente por el afectado, a través de su representante legal, por medio de apoderado judicial, o mediante un agente oficioso.

38 Documento digital denominado "respuesta accionante al requerimiento" pág. 2.

39 Cfr. sentencias T-443 de 2007, T-950 de 2008, T-652 de 2008, T-726 de 2010, T-004 de 2013, T-529 de 2015 y t-144 de 2019, entre otras.

40 Cfr. sentencias T-678 de 2016, T-245 de 2017, t-041 de 2019 y T-213 de 2019.

42 Artículo denominado “Los servicios de salud mental se están viendo perturbados por la COVID-19 en la mayoría de los países, según un estudio de la OMS”, publicado el 5 de octubre de 2020. Disponible en: https://www.who.int/es/news/item/05-10-2020-covid-19-disrupting-mental-health-services-in-most-countries-who-survey (consultado el 14 de junio de 2021).

43 El artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 consagra que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (…)”.

44 El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares. A su vez, el artículo 42.2 de esa regulación, consagra que la acción de tutela procederá contra particulares cuando estos estén encargados de la prestación del servicio público de salud.

45 El artículo 86 de la Constitución Política consagra que cualquier persona podrá interponer acción de tutela “en todo momento” al considerar vulnerados sus derechos fundamentales, expresión que es reiterada en el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, pese a la informalidad que caracteriza a este mecanismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que su interposición debe hacerse dentro de un plazo oportuno y justo, contado a partir del momento en que ocurre la situación transgresora o que amenaza los derechos fundamentales. Cfr. Sentencias T-219 de 2012, T-277 de 2015, T-070 de 2017, SU-439 de 2017, entre otras.

46 El inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Esta disposición se reprodujo en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, el cual indica, además, que “(…) [l]a existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

47 Al respecto, el artículo 42 de la Ley 1122 de 2007 establece lo siguiente: “Función

jurisdiccional de la superintendencia nacional de salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos: (…) d) Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud".

48 En sentencia SU-508 de 2020, la Corte analizó algunos aspectos estructurales y normativos del trámite jurisdiccional desarrollado por la Superintendencia Nacional de Salud, lo cual le permitió concluir que esa entidad tiene una capacidad limitada para ejercer la función jurisdiccional, por tanto "mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos". Así mismo, indicó que la eventual superación de las falencias identificadas no significará un desplazamiento automático de la acción de tutela. Por consiguiente, cada operador judicial deberá verificar el caso objeto de estudio las siguientes cuestiones: "a) si la función jurisdiccional es idónea y eficaz; b) si el asunto versa sobre la negativa o la omisión en prestación de servicios y tecnologías en salud y; c) la posible afectación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección, como los niños y los adultos mayores".

49 Al respecto, el 11 de marzo de 2020, el director general de la Organización Mundial para la Salud (OMS) declaró que la enfermedad por coronavirus -Covid-19- como pandemia. Cfr. https://www.who.int/es/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19—11-march-2020 (consultado el 14 de mayo de 2021). Por otro lado, mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el presidente de la República de Colombia declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica. En sentencia C-145 de 2020, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad.

50 De la información que obra en el expediente no es posible establecer la fecha específica

en la que se llevó a cabo el acuerdo de pago.

51 Información actual al momento de registrar el proyecto de sentencia. De otro lado, el 18 de mayo de 2021, el despacho ponente consultó la base de datos única de afiliados al sistema de seguridad social en salud -BDUA- (de acceso público), encontrando que el señor Eliecer Duarte Villabona figura como usuario "activo", afiliado a Coomeva EPS en el régimen contributivo. La página web referida corresponde al siguiente enlace: https://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA (hora de consulta: 3:00 p.m.)

52 Decreto 780 de 2016, artículo 2.1.9.6.

53 Idem, artículo 2.1.9.1.

54 Esto de conformidad con lo establecido en el artículo 118 de la Ley 1438 de 2011, artículo 5, literal "e" de la Ley 1571 de 2015, y en el artículo 2.5.1.2.3 del Decreto 780 de 2016, sin perjuicio de cualquier otra normativa aplicable en la materia.